

Negocios fiduciarios



AUTORA: Inés Ana Mas Vadell

TUTOR: Dr. Miguel Coca Payeras

Trabajo Fin de Grado

Palma, 2013

ÍNDICE

	Págs.
1. Negocios anómalos por discordancia entre la apariencia y la voluntad real	1
1.1. Notas sobre el negocio jurídico	1
1.2. El negocio indirecto	2
1.3. El negocio simulado	4
1.4. El negocio en fraude de ley.....	5
1.5. El negocio fiduciario	5
2. La causa del negocio jurídico. La causa <i>fiduciae</i>.....	11
2.1. Introducción.....	11
2.2. La causa del negocio fiduciario.....	12
3. Tipos de fiducia	14
3.1. La fiducia <i>cum creditore</i> o venta en garantía	14
A) La fiducia <i>cum creditore</i> y la transmisión de la propiedad (o titularidad).....	15
B) Facultades y prohibiciones dirigidas al fiduciario.....	17
3.2. La fiducia <i>cum amico</i>	18
3.3. El negocio fiduciario en el ámbito del Derecho de sociedades	19
4. Conclusiones.....	22
Bibliografía.....	23

***Anexo jurisprudencial**

1. Negocios anómalos por discordancia entre la apariencia y la voluntad real

1.1. Notas sobre el negocio jurídico.

La difusa configuración del concepto de “negocio jurídico” conlleva la necesidad de realizar un certero esfuerzo analítico, comprensivo y jurídico a efectos de plasmar con palabras en qué consiste dicha figura. Podríamos determinar, en consecuencia, que se considera como negocio jurídico la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos. Dentro de este ámbito cabe distinguir lo que es el negocio jurídico de la relación negocial a que éste da lugar (consistente en exigencias contrapuestas y en deberes de cooperación impregnados siempre por la buena fe). Si bien hay una declaración de voluntad que aporta carácter negocial a la figura, la eficacia del negocio jurídico dependerá también de otros requisitos basados en la creación de una atmosfera que el propio Derecho considere reglada por la voluntad de los particulares conforme a un resultado que con dicho negocio se persigue. Por lo tanto, las reglas contenidas en la declaración de voluntad (o conducta significativa) son las que dan el tono específico a la relación negocial, y la distinguen de las relaciones impuestas y nacidas directamente de la ley. Los elementos específicos del negocio jurídico van referidos, en primer lugar, al sujeto, el cual habrá de tener la capacidad jurídica especial necesaria para que le sean atribuibles los efectos del negocio y la capacidad de obrar suficiente para vincularse al mismo; en segundo lugar, al objeto, el cual deberá ser apto para cada tipo de negocio en concreto, además de cumplir con las formalidades que se requieran.

A efectos de abordar el estudio de aquellos negocios en los que surge una discordancia entre la apariencia del mismo y la voluntad real de las partes resulta importante previamente hacer referencia al concepto de “negocio indirecto”, atendiendo a que de su análisis se desprenden numerosos rasgos que impregnan los negocios anómalos, hasta tal punto que éstos constituyen tipos de negocio indirecto.

1.2. El negocio indirecto.

El negocio indirecto existe “cuando las partes recurren en el caso concreto a un negocio determinado, para alcanzar consciente y consensualmente por su medio fines diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo”.¹ A la luz de esta definición nos podríamos plantear que la misma puede reflejar el esquema propio, así como el resultado, de negocios anómalos, como por ejemplo, el negocio fiduciario. Sin embargo, el debate sobre si el negocio indirecto es una subcategoría de éstos o es una figura autónoma ha estado siempre muy presente en la doctrina y ha generado posturas diversas.

Apoyar la figura del negocio indirecto supone encontrarse en el camino con un obstáculo importante: la causa como requisito del negocio. De esto modo, para que pueda aceptarse se deberá llevar a cabo una cierta manipulación del concepto de causa: ésta queda degradada a efectos de lograr solamente formalidades externas, a efectos de que una compraventa sin precio, por ejemplo, pueda llevarse a cabo y pueda desplegar efectos. No obstante, dicha consideración puede conducirnos a la aceptación de la figura del negocio abstracto, sobre la cual se formula también en el ámbito del derecho contractual español un debate intenso, atendiendo al carácter causalista de nuestro sistema. Ante esta situación, podríamos considerar que el negocio indirecto podría ser inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, dicha inadmisión se ve, en ocasiones, un tanto difuminada en cuanto atendemos a la finalidad indirecta del negocio y a la consideración dogmática que de ésta se tiene. Si bien es claro que la finalidad empírica que se persigue con el negocio indirecto se distingue de la finalidad típica del negocio utilizado tan sólo como medio para lograr aquella otra finalidad, se ha considerado que la “función instrumental” de este negocio puede justificar cualquier tipo de duda que sobre éste pueda plantearse a causa de la desviación de la finalidad típica de un negocio hacia el deseo de las partes. En consecuencia, hay posturas que incluso defienden que la solución a las dudas que puedan surgir sobre la figura del negocio indirecto puede llegar, si bien no con el Derecho positivo, sí en cambio con el criterio individual que sea útil a cada sujeto, con razones que justifiquen una solución útil.

¹ ASCARELLI, Tullio. *Saggi giuridici*. A. Guiffré, Milano, 1949. Págs. 169-170.

Lo que sí es realmente cierto es que la razón del negocio indirecto es la de sustraerse en algún aspecto de la disciplina del negocio directo: obviar determinadas reglas imperativas a efectos de que impere sin limitaciones la autonomía de la voluntad. Con la interpretación del negocio no en función de su naturaleza sino en función de la propia conveniencia de las partes se da, en principio, viabilidad a una figura que, si bien, lo único que hace es desviarse de un resultado que, siguiendo el curso normal del respeto a las normas imperativas, sería el propuesto; no obstante, no es el que se logra.

El Tribunal Supremo se muestra un tanto reacio a la hora de aceptar la figura del negocio indirecto: considera que no es aceptable no respetar las normas imperativas a efectos de desviarse hacia un resultado del negocio que no es el propio que lo configura. Usando también el término “medio indirecto” aconseja que se actúe con moderación a la hora de calificar estos negocios jurídicos peculiares y anormales, pues es necesario atender a la finalidad que persiguen, así como a las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al acto, a efectos de confirmar si se produce o no un fraude a la ley o a terceros, lo que aportaría la nulidad directa del negocio.

Una vez analizados sucintamente el concepto general de “negocio jurídico”, así como la categoría de negocio indirecto, y a efectos de adentrarnos en el negocio anómalo denominado negocio fiduciario, cabe establecer las diferencias entre éste y otros negocios caracterizados por concretas anomalías. Éstas constituyen deformaciones de determinadas figuras negociales, queridas por las partes y hechas para escapar de la regulación normal de los negocios prevista y ordenada por las leyes. Las diferencias entre uno y otro pueden ser un tanto difusas, hasta tal punto de que un negocio podría ser calificado cumulativamente como simulado, fiduciario y fraudulento, denominaciones de distintos negocios anómalos que han sido objeto, de un modo u otro, de una tipificación social.

1.3. El negocio simulado.

Cuando bajo la apariencia de un negocio jurídico normal se oculta otro propósito comercial se constituye lo que se denomina simulación comercial. Ésta puede ser absoluta (se crea la apariencia de un negocio y, en verdad, la intención fue no dar vida a tal negocio, sino tan sólo aportar su apariencia engañosa) o relativa (en ella se tiene en consideración el negocio simulado, el acuerdo sobre el encubrimiento y el negocio jurídico ocultado, atendiendo a que, en este caso, la declaración falsa viene a encubrir otro contrato el cual, ése sí, tiene una causa verdadera).

La declaración simuladora querida por las partes tiene como fundamental propósito no sólo ocultar o engañar, sino que se pretende crear una apariencia y con un fin determinado. Por lo tanto, existe el llamado *consilium simulationis* (acuerdo de simular), el cual aporta falsedad a la causa que, en teoría, fundamenta el negocio simulado, pero que no obstante, cuando se levanta la máscara simuladora, se pone en evidencia la carencia de causa o la causa típica o atípica que se pretendía disimular.

Dentro del ámbito de la simulación relativa cabe hacer especial referencia al negocio disimulado, el cual queda al descubierto en el momento en que se considera falso el negocio simulado. A efectos de determinar su validez y eficacia se indica que habrá que acudir al ámbito de la causa, así como a otros requisitos de validez como la forma, por ejemplo, de modo que si el resultado perseguido con el acuerdo de simulación fue ilícito, el negocio disimulado también será ilícito, pues la nombrada anteriormente *causa simulationis* se incorpora a la propia causa del negocio disimulado.

En cuanto a la acción de simulación, ésta va dirigida a que, mediante sentencia firme, se ponga en evidencia lo que se oculta bajo la falsa apariencia de un negocio. En este ámbito cabe hacer referencia a la protección de terceros. En el campo de los negocios simulados, la adquisición por un tercero de buena fe no se puede calificar de hecha *a non domino*, pues se hizo por quien estaba *in loco domini* por manifiesta voluntad del mismo dueño. No obstante, la protección de un tercero

deberá estar debidamente justificada de modo que éste deberá haber adquirido un derecho de buena fe (concepto más calificado y razonable) y de manera onerosa.

1.4. El negocio en fraude de ley.

La utilización de un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se pretende evitar las normas dictadas para regular otro negocio, aquél cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica constituye el negocio en fraude a la ley. En el momento en que exista una ley que impida la eficacia del resultado negocial si éste se presenta de modo directo y estamos ante una conducta fraudulenta de las partes podremos determinar que nos hallamos ante este tipo de negocio. La figura del fraude se centra en una anomalía que afecta a la causa y que puede determinar su ilicitud o resultar en ser otra la naturaleza del negocio.

A efectos de diferenciar la simulación del negocio en fraude de ley podemos determinar que, en este último, estamos ante un negocio real y con un fin indirectamente buscado, mientras que en la primera estamos ante un negocio aparente (aunque en ocasiones pueda salvarse el negocio disimulado). Sin embargo, el hecho de que en el negocio en fraude de ley se incluya normalmente una simulación puede conllevar confusiones. De este modo hay que indicar que mientras que en la simulación relativa hay un negocio completo simulado y otro disimulado, en los negocios en fraude a la ley se disimula solamente una parte de este negocio, donde se encuentra lo ilícito del resultado perseguido. Por lo tanto, una vez descubierta la simulación y conocido el significado verdadero del negocio, éste es tratado como negocio contrario a la ley y no como simulado.

En consecuencia, en el negocio en fraude a la ley existen determinadas anomalías en el procedimiento que, igual que en la simulación, provocan la pérdida de presunción ordinaria a favor de la licitud de la causa del contrato.

1.5. El negocio fiduciario.

“Negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del

dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz erga omnes, y otro obligacional, válido inter partes, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abono de su valor económico”. Ésta es una de las definiciones que el Tribunal Supremo² ha aportado del negocio fiduciario, figura jurídica peculiar cuyo nombre se debe a Ferdinand Regelsberger, y que pone en evidencia la denominada teoría del doble efecto. De este modo, de dicho concepto definitorio se puede deducir que este tipo de negocio requiere, de manera indispensable e independientemente de los terceros que por causa de éste puedan verse afectados, la existencia de dos sujetos: fiduciante y fiduciario. En consecuencia, el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de su cosa o de su crédito de modo definitivo e ilimitado; el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos. El fiduciante queda con un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de éste de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado.

El negocio fiduciario no está regulado en las leyes, lo que coloca al intérprete ante la tarea de indagar dentro del sistema jurídico, la norma aplicable. Rara vez una figura jurídica será creación de la doctrina de los autores. Mas esto es lo que se ha pretendido hacer con el negocio fiduciario, al atribuirle el doble efecto, como sustantivo o propio de su naturaleza. En este ámbito se acostumbra a decir que el fenómeno práctico a dilucidar se caracteriza por la incongruencia del medio jurídico elegido (enajenación) y el fin económico o práctico perseguido (garantía, administración); discordancia de la que nace el peligro para el fiduciante y la posibilidad de abuso para el fiduciario. En consecuencia, la doctrina sobre la interpretación jurídica enseña que la eficacia de un supuesto de hecho (aquí los comprendidos bajo el nombre de negocios fiduciarios) no resulta o depende de una supuesta naturaleza jurídica de tales hechos, sino que dicha naturaleza

² Vid. Anexo jurisprudencial: *Jurisprudencia sobre negocios anómalos por discordancia entre la apariencia y la voluntad real y sobre la causa del negocio jurídico.*

jurídica y, por tanto, la eficacia jurídica en ella implícita queda en un interrogante y a resultas de la estimación que les conceda el ordenamiento jurídico.

En el campo de la teoría del doble efecto se considera que las partes desean la transmisión definitiva de la propiedad porque ése es el único medio para conseguir que, por ejemplo, la venta sirva de garantía. La teoría del doble efecto se sustenta sobre una concepción unitaria del negocio fiduciario, del cual solamente se desprende un efecto: la transmisión definitiva de la propiedad. En consecuencia, el fiduciario recibe la propiedad plena sobre la cosa que el fiduciante le otorga, de modo que los terceros que adquieran la cosa del fiduciario lo habrán hecho en tanto éste es el pleno y absoluto propietario.

Resulta dificultoso en ocasiones situar coherentemente la figura del negocio fiduciario dentro del ámbito general del sistema jurídico, atendiendo a que frecuentemente se duda sobre su validez y eficacia. Entonces, para abordar el análisis de este negocio normalmente se distingue entre la consideración del mismo como el resultado de dos negocios distintos, conexos pero jurídicamente independientes o como un solo negocio, aunque de naturaleza compleja.

Entender el negocio fiduciario como la conclusión de dos negocios es una concepción más bien primitiva y con bastantes y graves dificultades para incardinarse en los sistemas causalistas, como es el español. Si en virtud de los arts. 1261 y 1274 del Código Civil, para que exista un contrato se requiere que éste tenga causa propia y adecuada, no resulta extraño que se objete el negocio fiduciario atendiendo a que, por ejemplo, en la venta en garantía, resulta que el negocio transmisor de la propiedad carece de su causa propia, al no haber precio. Ante esta situación, algunos defensores del doble efecto no aceptan dicha teoría de la dualidad negocial y consideran que el negocio fiduciario es unitario, con una propia y peculiar causa: la causa *fiduciae*³. Sin embargo, esta causa *fiduciae* puede ser inadecuada respecto al efecto de transmitir una propiedad, de modo pleno y definitivo. El garantizar un cobro o el cumplir un encargo no son títulos que puedan justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo. Para salvar esta disonancia los autores han optado por

³ Vid. Apartado 2. La causa del negocio jurídico. La causa *fiduciae*.

considerar que el fiduciario recibe una propiedad formal que confiere un poder dispositivo, mientras que el fiduciante conserva la propiedad material (poder de goce); distinguiéndose correlativamente una relación interna (entre fiduciante y fiduciario) y otra externa (entre fiduciario y terceros).

En consecuencia, situados ante esta concepción del negocio fiduciario, nos adentramos en la teoría de la denominada titularidad fiduciaria. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha basado tanto en esta teoría como en la del doble efecto ⁴, fijando un entramado bastante complejo de ideas y consideraciones y, por lo tanto, aportando dificultades a la hora de explicitar qué es el negocio fiduciario, cabe indicar que con la teoría de la titularidad fiduciaria se permite, por una parte, criticar y oponerse a la teoría del doble efecto y, por otra parte, salvar la contradicción interna que aparentemente se crea en este negocio anómalo. En la cesión en garantía, por ejemplo, con la cesión se extingue la obligación contraída y no se puede ya garantizar nada con ella. Del mismo modo, en la venta, donación o permuta estamos ante un acto concreto causal que no puede servir para un fin distinto de aquel que le es propio. Estos dos ejemplos, que ponen en evidencia esta contradicción interna surgida en estos tipos de negocios, puede, de un modo u otro, solventarse aferrándose a la teoría de la titularidad fiduciaria, entendiendo que al fiduciario sólo le corresponde, y valga la redundancia, la titularidad fiduciaria, una propiedad meramente formal y no material.

La teoría de la titularidad fiduciaria ha sido defendida por el Tribunal Supremo, el cual después de afirmar el desdoblamiento de los efectos real y obligatorio en el negocio fiduciario, limita prudentemente la eficacia real a la relación del fiduciario con terceros de buena fe, y en lo demás trata al fiduciante como verdadero propietario o propietario material de la cosa confiada.

Si bien la teoría del doble efecto y la de la titularidad fiduciaria pueden parecer bastante similares, la mayor diferencia que se fija entre una y otra es que en la primera el tercero siempre es protegido. Como en la teoría del doble efecto se

⁴ Vid. Anexo jurisprudencial: *Jurisprudencia sobre negocios anómalos por discordancia entre la apariencia y la voluntad real y sobre la causa del negocio jurídico.*

produce una transmisión plena de la propiedad del fiduciante al fiduciario, todos los terceros que adquieran de éste estarán en todo caso protegidos, atendiendo a que han adquirido de un verdadero propietario. En consecuencia, en el momento en que el fiduciario vende a un tercero el fiduciante no queda protegido, por lo que la única opción que se le permite ejercitar a este último es la del incumplimiento contractual: puede pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios, con restitución de la cosa o por el valor económico de ésta.

No obstante, en el ámbito de la titularidad fiduciaria solamente serán protegidos aquellos terceros que hayan adquirido de buena fe y a título oneroso (art. 34 Ley Hipotecaria). En este campo cabe tener presente que el fiduciante es considerado el verdadero propietario de la cosa, con todos los derechos que como tal le corresponden. De este modo se evita que el fiduciante quede inerte frente a los terceros adquirentes de la cosa confiada, cómplices del fiduciario desleal. El fiduciante no transmite el pleno dominio: conserva, en realidad, la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad meramente formal. Dicha propiedad formal es eficaz frente a terceros de buena fe e *inter partes* produce también sus efectos en tanto no se hayan cumplido las finalidades de la fiducia. El fiduciario puede oponerse justamente a retransmitir la cosa al fiduciante o al tercero destinado para ello, en tanto que dichas finalidades no se hayan cumplido. El fiduciante es, sin embargo, tanto *inter partes* como frente a terceros que no sean adquirentes de buena fe de los bienes, el propietario real. Lo que quiere decir que está legitimado para hacer suyos los frutos y productos de la cosa, ejercitar el *ius fruendi* y el *ius utendi*, para hacer suyas las accesiones y mejoras, etc. Por tanto, el negocio ostenta una cierta trascendencia real, pues el fiduciario es, frente a terceros, el propietario; mas en la relación interna el auténtico dueño es el fiduciante, quien goza de la correspondiente *reivindicatio utilis*. El dominio que se ha transmitido es un *dominium impropie dictum*, o sea, una especie de posición intermedia entre ser propietario y no serlo.

En el campo de la titularidad fiduciaria, el hecho de que la propiedad no se entienda transmitida de modo pleno y definitivo sino limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria salva la desarmonía entre la causa y la

eficacia del negocio, efecto que no se consigue, por el contrario, con la teoría del doble efecto. La teoría de la propiedad formal del fiduciario ha sido repetidamente criticada, pues se ha considerado en ocasiones que el desdoblamiento que supone de la propiedad en material y formal supone la creación de derechos reales extraños al ordenamiento. No obstante, conforme al sistema jurídico español, esta propiedad formal, considerada genéricamente también como titularidad fiduciaria, no se puede basar en lo que parece como negocio transmisor de la propiedad (venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (mandato o garantía de préstamo disimulado).

En relación con el concepto de negocio indirecto, si bien, como se ha explicitado, el Tribunal Supremo es reacio a aceptar esta figura, en relación al negocio fiduciario, atendiendo a todas las características que se han desarrollado anteriormente que lo configuran como un negocio válido y aceptado, el Tribunal Supremo entiende que si bien es un negocio indirecto, éste es válido, siempre que no conlleve fraude de ley o a terceros. En consecuencia, nos encontramos ante una situación en la que una figura en principio inválida encuentra su aceptación en el ámbito del propio Tribunal Supremo cuando se materializa como negocio fiduciario, lo cual pone en evidencia otra vez la importancia que en el tráfico jurídico éste tiene.⁵

Finalmente, y a efectos de diferenciar el negocio fiduciario del negocio simulado y el negocio en fraude de ley, cabe indicar que si bien la doctrina más reciente se aparta de la teoría del doble efecto (real y obligacional) en el contrato fiduciario e incluso prescinde de la sustantividad de la causa *fiduciae* como comprendida en el artículo 1274 del Código Civil, no puede tildarse al negocio fiduciario de ficticio o simulado, por lo que la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada (artículos 1255 y 1286 del Código Civil). El negocio simulado es nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derecho, mientras que el fiduciario es válido. En relación con el negocio en fraude de ley, cabe explicitar que el concepto de fraude de ley se constituye como límite en el ámbito del negocio fiduciario: este último será válido en tanto no se realice en fraude de ley.

⁵ Vid. Anexo jurisprudencial: *Jurisprudencia sobre negocios anómalos por discordancia entre la apariencia y la voluntad real y sobre la causa del negocio jurídico.*

2. La causa del negocio jurídico. La causa *fiduciae*.

2.1. Introducción.

La función que nuestro Derecho atribuye a la causa podría definirse como la valoración de cada negocio realizada atendiendo al resultado que con él se persigue o se hayan propuesto quien, o quienes, hagan la, o las, declaraciones negociales.

En la esfera del Derecho de obligaciones contractuales rige el criterio del *numerus apertus*. El sistema español, al valorar como causas suficientes las citadas en el artículo 1274 del Código Civil, abre casi ilimitadamente la posibilidad de nuevos tipos de contratos, respecto a su estructura, a los resultados propuestos y a su contenido. Sin embargo, lo que en nuestra doctrina se ha discutido es la existencia del número abierto respecto de los negocios de trascendencia real. La cuestión quedó planteada al decir el artículo 609 del Código Civil que la propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y no explicar la ley cuáles sean esos contratos. El Reglamento hipotecario se refiere a “cualquier acto o contrato de trascendencia que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales” (art. 7), confirmando así una interpretación amplia del sistema del Código y contraria a limitar los contratos con trascendencia real a los especialmente regulados en las leyes. Estas referencias parecen suficientes para convencernos de que lo cuestionable no es la aptitud de cada clase de causa para originar un derecho real, remitiéndose a la práctica doctrinal la tarea de ir distinguiendo qué nuevas facultades, cargas, limitaciones del poder dispositivo son aptas para tener trascendencia real, por no poner en peligro la seguridad del tráfico y por poder, en su caso, ostentar los requisitos formales de la publicidad.

El negocio jurídico tiene por fin y trae como consecuencia originar la relación jurídica negocial, es decir, ese entramado de derechos, facultades, obligaciones y cargas que se dan entre los momentos llamados de la perfección y la consumación. También sirve de título o propio fundamento de cada derecho de los que nacen del

negocio, y que después perviven o sobreviven a la relación negocial. Del carácter de aquel negocio, en cuanto título, resultará el valor mayor o menor de tales derechos y, consiguientemente, de las obligaciones producidas (titularidades activa y pasiva). Se considera que no importa cuál sea, o que exista o no exista el negocio para la adquisición de la propiedad, ya que para ella basta la coincidencia de voluntades sobre la transmisión de la propiedad.

La causa tiene un doble significado. Por una parte es requisito para la existencia del negocio (art. 1261 Código Civil) y, por otra parte, es requisito de que la relación negocial alcance una eficacia mayor o menor. Este significado se exterioriza en la eficacia de los derechos y obligaciones que la relación contenga y, mediatamente, en la de los que de ella se vayan desprendiendo al consumarse y logren vida independiente como derechos subjetivos. De este modo, la naturaleza de la causa y el carácter que ella imprime a la relación negocial se traduce en la diferente potencialidad de los derechos y titularidades, ya sea inter partes o en relación con terceros. Influjo mediato de la causa negocial que constituye uno de los ejes centrales del sistema de Derecho privado, en la esfera patrimonial.

2.2. La causa en el negocio fiduciario.

El negocio fiduciario tiene una causa propia y peculiar denominada *causa fiduciae*. Se dirá entonces que, si conforme al artículo 1274 del Código Civil, la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos: “Este servicio consistirá, en nuestro caso, en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a la instrucción del fiduciante y de restituirlos de acuerdo con estas instrucciones. La causa *fiduciae*, identificada con la finalidad de mandato o garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario”. Se le caracteriza como una causa atípica, consistente en “el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la res fiduciaria conforme a lo pactado y de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa o derecho recibidos”. Consistente, se afirma también, “en el intercambio del derecho que se transmite, por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciante

(garantizarnos por nuestra deuda, sernos administrada la cosa, cobrársenos el crédito), unida a la potestad de recuperarlo después”.⁶

Si nos centramos concretamente en el ámbito de la venta en garantía existen dos prestaciones (entrega y obligación de retransmitir) cada una de las cuales actúa como causa de la otra, de suerte que el negocio fiduciario quedaría encuadrado en el primer inciso del artículo 1274 CC: “Se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”.

Una vez analizada la figura de la causa *fiduciae* cabe determinar, no obstante, cuándo surge la necesidad de acudir a ésta para dar validez al negocio fiduciario. Atendiendo a que en el ámbito de la teoría de la titularidad fiduciaria el fiduciario recibe una propiedad formal que le aporta poder dispositivo, mientras que el fiduciante conserva la propiedad material, sí se requiere aferrarse al concepto de la causa *fiduciae* porque, en caso contrario, estaríamos ante un negocio sin causa. El hecho de que la transmisión de la propiedad no sea plena conlleva la necesidad de buscar un tipo de causa que justifique la anomalía de este negocio. En consecuencia, es sobre esta causa atípica denominada *fiduciae* sobre la cual este negocio surge.

Por el contrario, si atendemos a la teoría del doble efecto, al haber transmisión plena de la propiedad del fiduciante al fiduciario, no surge la necesidad de aferrarse a una causa distinta a la del negocio transmisivo pues, por ejemplo, en el ámbito de la venta en garantía, la entrega típica de la cosa objeto de la compraventa responde a la causa típica de este negocio, sin tener que acudir a causas atípicas en sustitución de las típicas que configuran los negocios jurídicos tipificados.

⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985, Pág. 407.

3. Tipos de fiducia

3.1. La fiducia *cum creditore* o venta en garantía.

La fiducia *cum creditore*, carente de regulación en el Código Civil, se define como aquel negocio jurídico en cuya virtud una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido (*pactum fiduciae*).⁷ A su través se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa (que es más amplia) el fin perseguido, obligándose, a la vez, el que la recibe a usar de ella sólo dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido.

Este negocio se compone de dos partes: una atribución y una declaración de voluntad limitativa de ese mayor poder. La primera parte es la positiva, pues concede un poder mayor del necesario y adecuado al fin perseguido. La segunda parte es la negativa, pues tiende a reducir ese poder mayor para que sea usado sólo dentro de los límites del fin perseguido. Las partes celebran formalmente un contrato típico apto a dicho fin: de habitual, una compraventa, en la que, sin embargo, no existe precio, ya que éste se corresponde en realidad con la cantidad que el acreedor (fiduciario-comprador) presta al deudor (fiduciante-vendedor). Mediante esta compraventa las partes no pretenden traspasar definitivamente la titularidad al acreedor, sino que pretenden que ésta sirva de garantía a la obligación del deudor de devolver lo prestado, añadiéndose que, cuando la deuda se haya extinguido, el acreedor deberá restituir al deudor la propiedad del bien. Incluso, es frecuente que el deudor que transmite la propiedad del bien continúe poseyéndolo, creando una apariencia externa de titularidad sobre el mismo.

Como regla general la jurisprudencia ha venido defendiendo la validez de este tipo de fiducia, al considerar que es un negocio perfectamente enmarcable en el ámbito de la libertad de contratación (art. 1955 Código Civil). Sin embargo, lo que sí ha sido discutido por la doctrina, así como por el propio Tribunal Supremo, es la

⁷ Vid. Anexo jurisprudencial: *Jurisprudencia sobre los distintos tipos de fiducia. Fiducia cum creditore.*

eficacia jurídica de dicha figura y, más concretamente, se ha debatido sobre si el adquirente de un bien transferido en garantía deviene su propietario en apariencia y en materia, o bien sólo en apariencia, permaneciendo como verdadero dueño el enajenante, lo que marca la diferencia entre la teoría del doble efecto y la teoría de la titularidad fiduciaria.

A) La fiducia *cum creditore* y la transmisión de la propiedad (o titularidad).

En este ámbito son discernibles dos líneas de pensamiento: aquélla que configura el negocio fiduciario como la unión de dos negocios independientes, y aquélla que lo concibe como un negocio único con una única causa (contractual), aunque de estructura y efectos complejos. Mas ambas aprecian en él la concurrencia de dos facetas o planos (real / obligacional), sea a través de un doble negocio, sea a través de un negocio único complejo.

La teoría del doble efecto se fundamenta sobre la autonomía privada: si es voluntad de las partes el aferrarse a este negocio fiduciario, en tanto no se vulnere la ley, la moral o el orden público, éste deberá ser válido y eficaz. Sin embargo hay una especialidad: se ha elegido un medio (la venta) que sobrepasa el fin propuesto (la garantía); se ha llevado a cabo esta elección con el solo propósito de obtener dicho fin de manera más cómoda y con mayor seguridad.

No obstante, el profesor De Castro entabla una doble crítica a esta construcción. Por una parte considera que no se puede pretender equiparar la voluntad de transmitir con el hecho de querer transmitir para sólo garantizar con ello: son semánticamente conceptos diferentes, pues el segundo es más amplio que el primero. Por otra parte, critica la teoría del doble efecto. Considera que la venta carece de causa, por lo que el negocio exterior no puede servir como título transmisivo. Si bien apunta que sí existe un título disimulado de garantía, éste no es suficiente para justificar una pérdida de propiedad de modo pleno y definitivo al no ser, por lo tanto, un título adecuado. En la fiducia *cum creditore*, la venta que se lleva a cabo y que es el negocio transmisor de la propiedad carece de causa propia, porque no hay precio (art. 1445 Código Civil). Es precisamente este detalle el que provoca la insostenibilidad en el Derecho español de la teoría de la dualidad

negocial. En consecuencia, lo que en realidad se acepta es el estudio del negocio fiduciario de manera unitaria, con una propia y peculiar causa: la causa *fiduciae*. De Castro también denuncia la total ausencia de reciprocidad en las prestaciones concurrentes en la venta en garantía.⁸

A efectos de paliar las anteriores críticas que De Castro aborda, el mismo se aferra al concepto de titularidad fiduciaria.⁹ Dicho autor no pone en duda que el negocio fiduciario se compone de un contrato de compraventa (simulado o con causa falsa) y de un pacto (disimulado) de garantía. Sin embargo, tampoco cabe ignorar que la aparición del supuesto adquirente (comprador) como titular dominical es obra del verdadero dueño, quien le confía tal titularidad para alcanzar un determinado fin. La situación jurídica del fiduciario descansa, no en el negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino en el pacto fiduciario subyacente (garantía de préstamo disimulada). Luego, en el caso de que se afirmara el carácter simulado de la venta en garantía no se niega la posible trascendencia jurídica de la titularidad fiduciaria. De este modo cabe destacar la intangibilidad de la posición del fiduciario (y la imposibilidad de atacarla por parte del fiduciante), la cual constituye la verdadera esencia del *ius retinendi*, y tanto aquella como ésta descansarían sobre el pacto fiduciario. En consecuencia, se pone en evidencia que lo que le corresponde al fiduciario no es un derecho de retención al uso, sino más bien una difusa posición que, paradójicamente, va mucho más allá, pues el fiduciario está legitimado para exigir que se mantenga el estado de cosas generado a raíz del pacto fiduciario a pesar de resultar de un título al que se califica de simulado y, por ende, nulo.

Finalmente, en cuanto al régimen de la venta en garantía a la luz de la teoría de la titularidad fiduciaria, podemos distinguir entre la eficacia inter partes que de este negocio se deriva y la eficacia frente a terceros. En relación a la primera, atendiendo a que la eficacia de la venta en garantía no reside en la traslación del dominio, pues el fiduciante sigue siendo verdadero propietario del bien (o auténtico titular del derecho) entregado fiduciariamente, a éste le corresponden

⁸ Vid. Apartado 2. La causa del negocio jurídico. La causa *fiduciae*.

⁹ Vid. Apartado 1.5. El negocio fiduciario.

los frutos naturales y civiles y las accesiones (salvo pacto en contrario), y él será quien responda de los daños causados por la cosa dada en fiducia.

B) Facultades y prohibiciones dirigidas al fiduciario.

Situados en el ámbito de la titularidad fiduciaria, el fiduciario no podrá usucapir el bien en su beneficio, pues, aunque ostente una posesión equívoca, frente al fiduciante (y sus herederos) lo posee, no en concepto de dueño, sino en garantía; esto es, únicamente le sería posible adquirir por prescripción si con anterioridad invirtiese su título posesorio.

En la venta en garantía, sólo una vez cumplida la obligación asegurada, podrá el fiduciante reclamar la restitución. En virtud del pacto de fiducia, mientras no se den los presupuestos para la restitución, el fiduciario no puede ser obligado a restituir y estará además autorizado a retener (de hecho o simbólicamente) la cosa confiada (*Ius retinendi*).

La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia convienen en que el acreedor-fiduciario no puede apropiarse definitivamente del objeto, puesto que, de lo contrario, se conculcaría la prohibición de pacto comisorio establecida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil¹⁰. Ambos preceptos aluden, ciertamente, a negocios de garantía típicos (hipoteca y anticresis, respectivamente), pero sus prescripciones deben hacerse extensivas a los atípicos. Y ello porque la ratio de la regla prohibitiva exige su aplicación analógica a todo supuesto donde se presente una facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor causalizada al impago de un débito simultáneo o anterior al contrato donde se pactó la facultad de apropiación. Así pues, comoquiera que al acreedor-fiduciario no le es dado hacer suyo el derecho entregado, ni retenerlo indefinidamente a su voluntad, los autores que militan en esta tesis estiman que, para cobrarse su crédito, habrá de actuar al modo de un acreedor pignoraticio o hipotecario; luego, deberá proceder a

¹⁰ "En el contrato de fiducia la transmisión inicial de la propiedad no tiene carácter comisorio, ya que es una transmisión revocable por el fiduciante desde el momento que pague la deuda; lo que tiene carácter comisorio es que la transmisión se convierta en irrevocable por voluntad del acreedor, que se haga propietario definitivo de la cosa". RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Fiducia y pacto de retro en garantía*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1998, Pág.204.

la realización del valor del derecho “vendido” en garantía a través de los procedimientos legalmente predispuestos para las cauciones típicas.

Por otra parte, respecto a la eficacia frente a terceros, atendiendo a que, a través de la venta en garantía, se crea una apariencia de titularidad en el fiduciario, los terceros que de buena fe contraten con él no podrán verse perjudicados por su precaria condición. Mas, atendida la ínsita debilidad del título gratuito, la protección sólo ha de extenderse a los adquirentes de buena fe por título oneroso (art. 34 Ley Hipotecaria).

3.2. La fiducia *cum amico*.

Es otra modalidad de negocio fiduciario que se basa en una relación de mandato entre fiduciante y fiduciario.¹¹ Si bien, por la vía del doble efecto, el fiduciario “amigo” obtendría la plena propiedad y los terceros estarían completamente protegidos, aferrándonos a la teoría de la titularidad fiduciaria cabe concretar que el efecto transmisivo pretendido por los intervinientes tampoco se consigue en este tipo de fiducia atendiendo a que en ella no hay un correspectivo que corrija la merma sufrida por el fiduciante ni concurre por parte de éste un ánimo justificativo de la atribución. En consecuencia, el fiduciante no deja de ser propietario de la cosa confiada y puesta a nombre del que denominamos “amigo”.

¹² El encargo que se propone a este último puede ser válido; no obstante, dicha validez desaparecerá cuando se utilice como vía de fraude, tratando de hacer por persona intermedia algo no permitido legalmente.

En cuanto al régimen jurídico que impregna esta figura podemos destacar que el fiduciante es el propietario, como norma general, de todos los bienes que ha transmitido al fiduciario; en consecuencia, éste no puede enajenarlos válidamente. Ante esta situación el fiduciante podrá reivindicar lo confiado, excepto en un supuesto: en el caso de que, quien haya adquirido el bien sea un tercero de buena fe y a título oneroso. En el caso en que la acción reivindicatoria no pueda ser

¹² Ley de 11 de julio de 1941, de inscripción de bienes en los Registros de la Propiedad que aparezcan escritos a nombre de personas interpuestas: art. 3º: “los bienes no salieron nunca de su verdadero patrimonio”, es decir, del patrimonio del fiduciante.

llevada a cabo por el fiduciante al estar en posesión el tercero de un título al que legalmente se le considere irreivindicable, el fiduciante puede exigir al fiduciario (o bien a los herederos de éste en tanto haya muerto) una indemnización de daños y perjuicios originados en culpa civil, sin perjuicio de la acción penal que ante los Tribunales ordinarios pudiera proceder.

3.3. El negocio fiduciario en el ámbito del Derecho de sociedades.

La fundación de una sociedad puede ser llevada a cabo por un fundador fiduciario que, sin obviar la figura del fundador-fiduciante, será quien formalmente creará dicha sociedad. Siguiendo la teoría del doble efecto, el fiduciario tendría la plena y definitiva propiedad de las acciones del fundador-fiduciante, el cual quedaría inerte frente al tercero que embargue o adquiera las acciones. En cambio, en la teoría de la titularidad fiduciaria, el fiduciario simplemente se convertiría en el propietario formal de las acciones sobre las que nacería una sociedad, mientras que el fiduciante sería en realidad el fundador propietario material de las acciones y, en consecuencia, frente a este último solamente serían protegidos aquellos terceros que hubieran adquirido de buena fe y a título oneroso. Como podemos comprobar, por lo tanto, y deduciéndose del art. 13 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas¹³, que ya en el momento de la fundación de la sociedad quién otorgue la escritura puede hacerlo él mismo o por cuenta de un tercero (el fiduciario-fundador), siendo irrelevante dicho encargo pues lo que priman son los intereses y no la apariencia formal que determina quién ha fundado la sociedad.

Una vez ya creada la sociedad, y en el seno de su funcionamiento, cabe indicar que en el momento en que el ejercicio del derecho de voto se lleva a cabo por persona distinta del verdadero accionista da lugar a diversas figuras jurídicas de entre las cuales cabe delimitar cuál de ellas constituye un negocio de naturaleza fiduciaria. En consecuencia, cabe analizar cuál es la esencia de la relación jurídica cuando se

¹³ Art. 13 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas (RCL/1951/811): *“Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la sociedad y responden solidariamente frente a ella y frente a tercero de la aportación de la cuarta parte del capital suscrito, de la realidad de las aportaciones no dinerarias y de su valoración, de la inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución y de cuantas declaraciones hagan en la escritura fundacional. La misma responsabilidad alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado los fundadores”.*

ejerce el derecho de voto por persona que no es ni accionista ni tiene la representación formal de un accionista.¹⁴ Del mismo modo es importante delimitar qué condición ostenta la persona que aparentemente se muestra como accionista pues ésta puede actuar como accionista ficticio, como gestor de un sindicato de accionistas o como verdadero accionista fiduciario.

Uno de los supuestos en los que nos podemos encontrar un negocio fiduciario dentro del ámbito societario es en el caso del sindicato de accionistas. Al denominado síndico o gestor se le pone en disposición de una masa de acciones sindicadas a efectos de que sea él quien acuda a las Juntas generales y ejercite el derecho de voto correspondiente a dichas acciones.

En el supuesto del accionista fiduciario, éste adquiere la propiedad de las acciones, de modo que será quien actúe válidamente como verdadero accionista en el seno de la Junta General. En consecuencia, éste está plenamente legitimado para actuar como tal y, de este modo, se eluden diversas dificultades que el hecho de actuar solamente por mandato o como simple representante le puede acarrear. Por lo tanto, evita la prohibición de las representaciones con carácter general y permanente, así como la revocabilidad del mandato o la débil posición que impregna al cedente en un pacto de cesión. En el ámbito fiduciario, el que devenga propietario fiduciario ostentará una posición jurídica reforzada y libre de todos estos problemas que jurídicamente otras figuras del tráfico pueden acarrear.

Existen importantes diferencias entre el fiduciario y aquel accionista ficticio que aparentemente pueden parecer similares. Mientras este último no deviene propietario de las acciones, sino que solamente ostenta la legitimación necesaria para intervenir en la Junta, el fiduciario sí es propietario de las acciones, tanto en las relaciones internas como en las externas, de modo que se convierte en

¹⁴ Art. 60 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (RCL/1951/811): *“Salvo disposición contraria de los Estatutos, todo accionista que tenga derecho de asistencia conforme al artículo anterior podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista.*

No será lícita la representación conferida a una persona jurídica ni la otorgada a las personas individuales que aquélla haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate.

La representación conferida por accionistas que sólo agrupándose tendrían derecho a voto podrá recaer en cualquiera de ellos.

La representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta”.

verdadero accionista que, sin duda, está plenamente legitimado para intervenir en la Junta.

Como podemos comprobar utilizamos el concepto de “propietario de las acciones”, lo que nos conduce a pensar que dicha propiedad es plena y que por tanto se ha descrito la figura del accionista fiduciario atendiendo a la teoría del doble efecto, al haberse producido la transmisión plena de las acciones. Quienes apuestan por la teoría de la titularidad fiduciaria considerarían que el fiduciario ostentaría solamente la propiedad formal de las acciones, mientras que el fiduciante seguiría siendo su propietario.¹⁵

Cabe indicar también que la legitimación cambia según se trate de acciones nominativas o de acciones al portador. En el primer caso, en el momento en que el fiduciario se inscriba en el libro de registro de la sociedad como accionista, ésta lo considerará propietario de las acciones, sin entrar a averiguar si esa propiedad es fruto o no de una mera transmisión fiduciaria. Sin embargo, en el caso de las acciones al portador, es suficiente la posesión del título para entablar una relación entre socio y sociedad. De este modo, frente a la sociedad tendrán la misma legitimación tanto el verdadero propietario de las acciones, como el propietario fiduciario, el simple testafarro o accionista ficticio. Ante esta situación, la sociedad no puede discutir al portador su condición, hasta el punto de que si así lo hiciera cometería un abuso que podría hacer anulable la deliberación de la asamblea.¹⁶

¹⁵ Vid. Apartado 1.5. El negocio fiduciario.

¹⁶ “La sociedad debe considerar al portador como accionista efectivo, aunque no lo sea, porque debe respetar la voluntad del verdadero propietario que quiere investirlo del ejercicio de su propio derecho”. VIVANTE, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil. Las Sociedades mercantiles*. Reus, 1932.

4. Conclusiones

Primera.-La atipicidad de los negocios fiduciarios no es óbice para un frecuente uso de los mismos, que los convierte en figuras relevantes en el tráfico jurídico-económico .

Segunda.-En el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, los negocios fiduciarios se han construido sobre dos diferenciadas teorías: doble efecto y causa *fiduciae*.

Tercera.-Según la teoría del doble efecto, se produce una transmisión plena de la titularidad dominical del bien por parte del fiduciante al fiduciario, el cual se convierte en dueño absoluto de ésta, incluso frente a terceros, quedando sin embargo obligado a no actuar como tal. Por lo tanto, si los terceros adquieren la cosa del fiduciario, siendo éste pleno propietario, quedarán protegidos.

Cuarta.-Para teoría de la titularidad fiduciaria (ámbito en el que adquiere sentido el concepto de causa *fiduciae*), el fiduciante no transmite el pleno dominio sobre la cosa, sino que conserva la propiedad material sobre la misma, entregando al fiduciario la propiedad meramente formal (fiduciaria), por lo que su posible transmisión a terceros sólo será protegida si es a título oneroso y concurre buena fe del adquirente.

Quinta.-La jurisprudencia del Tribunal Supremo oscila entre ambas construcciones, poniendo en evidencia la complejidad ínsita a estos negocios y su naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958.
- ARESPACOCCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka. *Causa y garantía fiduciaria*. Monografías, 781, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, Joaquín. *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1976.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Fiducia y pacto de retro en garantía*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1998.